Legislative Summary LS-502E

BILL C-38: THE CIVIL MARRIAGE ACT

Mary C. Hurley
Law and Government Division

2 February 2005
Revised 29 June 2005

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Parliamentary Information and Research Service

LEGISLATIVE HISTORY OF BILL C-38

HOUSE OF COMMONS		SENATE	
Bill Stage	**Date**	**Bill Stage**	**Date**
First Reading:	1 February 2005	First Reading:	29 June 2005
Second Reading:	4 May 2005	Second Reading:	6 July 2005
Committee Report:	16 June 2005	Committee Report:	
Report Stage:	27 June 2005	Report Stage:	
Third Reading:	28 June 2005	Third Reading:	

Royal Assent:

Statutes of Canada

N.B. Any substantive changes in this Legislative Summary which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print.**

Legislative history by Peter Niemczak

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

105-07536/

TABLE OF CONTENTS

Page

BACKGROUND 1

A. Overview of Legislative Reforms to Date 1

B. Marriage and the Constitution 3
1. Division of Powers 3
2. Capacity to Marry 4

C. Relevant Case Law 5
1. Prior to 2001 5
a. *North* v. *Matheson* 5
b. *Layland* v. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* 5
2. 2001-2005 6
3. Parliamentary Committee Hearings 8
4. Supreme Court of Canada Reference 8

DESCRIPTION AND ANALYSIS 10

A. Preamble 10

B. Civil Marriage (Clause 2) 11
1. Parliament's Jurisdiction Over Marriage 11
2. Charter Compliance 12
3. Effect of Legislative Recognition of Same-sex Marriage 12

C. Religious Marriage (Clause 3) 13

D. Freedom of Conscience and Religion (new clause 3.1) 13

E. Certainty Clause (Clause 4) 14

F. Consequential Amendments (Clauses 5-15) 14

COMMENTARY 16

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BILL C-38: THE CIVIL MARRIAGE ACT*

Bill C-38, An Act respecting certain aspects of legal capacity for marriage for civil purposes, or the Civil Marriage Act, received first reading in the House of Commons on 1 February 2005. The bill will, for the first time, codify a definition of marriage in Canadian law, expanding on the traditional common-law understanding of civil marriage as an exclusively heterosexual institution. Bill C-38 defines civil marriage as "the lawful union of two persons to the exclusion of all others," thus extending civil marriage to conjugal couples of the same sex.

Second reading debate on Bill C-38 occurred between 16 February and 4 May 2005, when the bill was referred to a Legislative Committee. From 11 May through 14 June, this Committee heard fundamentally divided testimony on the merits of the legislation from witnesses representing various religious institutions and affiliated organizations or groups, advocacy groups for lesbians and gay men, spokespersons for traditional marriage, academics and legal experts. On 16 June, Bill C-38 was reported back to the House of Commons with one substantive government amendment and one opposition amendment to the bill's preamble.

Following a one-day debate, the legislation was adopted at report stage on 27 June with one additional substantive opposition amendment. Bill C-38 passed the House of Commons on 28 June by a vote of 158-133, 32 government members opposing.

BACKGROUND

A. Overview of Legislative Reforms to Date

Every jurisdiction in Canada prohibits discrimination based on sexual orientation in the provision of services, accommodation and employment.(1) The coming into effect in 1985

---

* Notice: For clarity of exposition, the legislative proposals set out in the bill described in this legislative summary are stated as if they had already been adopted or were in force. It is important to note, however, that bills may be amended during their consideration by the House of Commons and Senate, and have no force or effect unless and until they are passed by both Houses of Parliament, receive Royal Assent, and come into force.

(1) Alberta is the only jurisdiction in which this ban was effected by the courts rather than legislation: *Vriend* v. *Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the equality rights provision, influenced legislative reform in this area. Section 15 has also been instrumental in the gradual development, since the early 1990s, of provincial and federal legislation to extend statutory entitlements of heterosexual conjugal couples to same-sex couples. From 1992 through 1999, B.C. legislation amended the definition of "spouse" in numerous statutes to include persons of the same sex living in "marriage-like" relationships. In 1999, Quebec legislators unanimously adopted omnibus legislation that amended the definition of *de facto* spouse [conjoint de fait] in the affected statutes to include same-sex couples.(2) The same year also saw the enactment of the first federal legislation to provide unambiguously for same-sex benefits, the *Public Sector Pension Investment Board Act* (Bill C-78), whose amendments to affected statutes included replacing opposite-sex "surviving spouse" benefits with gender-neutral "survivor" entitlements.

The pace of legislative reform accelerated significantly following the Supreme Court of Canada's decision in the Ontario case of *M.* v. *H.*, the first high court ruling to allow a section 15 Charter challenge to the legislated opposite-sex definition of "spouse."(3) Although the Court's decision was immediately concerned only with Ontario laws, its longer-term effects are apparent in virtually every jurisdiction.

Legislators in British Columbia, Saskatchewan, Manitoba, Ontario, Newfoundland and Labrador, and Nova Scotia have since enacted a wide but non-uniform range of legislative measures providing for various same-sex entitlements; initiatives in New Brunswick and the Northwest Territories were fewer and narrower in scope. In Nova Scotia and Manitoba, civil registration schemes for unmarried heterosexual and homosexual couples are also now in place. In Quebec, a civil union regime governed by the same rules as apply to solemnization of marriage, entailing the rights and obligations of marriage and subject to formal dissolution rules, mirrors marriage. In Alberta, the newly legislated status of "adult interdependent partner" for purposes of several family-related provincial statutes provides for

---

(2) *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait* (Bill 32).

(3) [1999] 2 S.C.R. 3, affirming (1996), 142 D.L.R. (4th) 1, 31 O.R. (3d) 417 (Ont. C.A.). The case concerned a section of the province's *Family Law Act* that prevented same-sex partners from applying for spousal support upon relationship breakdown. In its 1995 decision in *Egan* v. *Canada* ([1995] 2 S.C.R. 513), the Supreme Court of Canada had unanimously found sexual orientation to be an analogous ground that triggers section 15 protection. A majority of the Court had ruled that the opposite-sex spousal definition in the *Old Age Security Act* discriminated on the basis of sexual orientation, in violation of section 15 of the Charter. However, a majority also found the discrimination justified under section 1 of the Charter and upheld the legislation's constitutionality.

rights and obligations of persons in a variety of non-married but not necessarily conjugal relationships involving interdependency.(4)

In the result, a patchwork of entitlements is in effect across the country.(5) In addition, some provincial schemes reserve the term "spouse" for married partners, some for married and unmarried opposite-sex couples, and some extend the meaning of spouse to include same-sex partners.

Federally, the *Modernization of Benefits and Obligations Act* (Bill C-23) enacted by Parliament in 2000 amended 68 statutes to effect equal application of federal laws to unmarried heterosexual and same-sex couples, and to extend to them some benefits and obligations previously limited to married couples. Although the then Minister of Justice emphasized that Bill C-23 did not affect the institution of marriage, critics urged the government to define marriage in the bill. Accordingly, the government inserted an interpretive amendment under which, "[f]or greater certainty, the amendments made by this Act do not affect the meaning of the word 'marriage,' that is, the lawful union of one man and one woman to the exclusion of all others."

B. Marriage and the Constitution

Judicial, political and legislative activity has clarified the legal rights of lesbians and gay men in Canada. In recent years, there have been increasing calls for extending the institution of marriage to same-sex couples on the basis of constitutional equality rights. These have now been sanctioned by the courts of **eight** provinces and one territory. The following paragraphs review fundamental constitutional principles of marriage law in Canada, as well as the relevant case law.

1. Division of Powers

The *Constitution Act, 1867* divides legislative jurisdiction over family law. Under the subsection 92(13) umbrella head of power, "Property and Civil Rights in the Province," the bulk of family-related matters falls under provincial authority. These matters include, among

---

(4) Under the 2002 *Adult Interdependent Relationships Act*, a "relationship of interdependence" is one outside marriage involving two persons of the same or of the opposite sex, including non-minor relatives.

(5) For a more detailed discussion of these developments, see *Sexual Orientation and Legal Rights*, CIR 92-1E, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament, Ottawa, revised February 2005.

others, matrimonial property, spousal and child support other than under *Divorce Act* proceedings, adoption, succession and guardianship.(6)

Marriage itself is subject to more explicit constitutional treatment. Subsection 91(26) of the *Constitution Act, 1867* authorizes Parliament to legislate in relation to "Marriage and Divorce," while subsection 92(12) gives provincial legislatures the power to enact laws in respect of "The Solemnization of Marriage in the Province."

2. Capacity to Marry

It is, by now, well-settled law that Parliament has exclusive jurisdiction to regulate the legal *capacity* to enter into marriage, or matters of its *essential* validity. By the same token, the provinces enjoy exclusive competence over matters of *formal* validity.

There has always been a paucity of federal legislation relating to marriage. In the *Marriage (Prohibited Degrees) Act*(7) – the sole statute currently in effect under Parliament's section 91(26) authority over marriage – two substantive provisions codify prohibited degrees of "relatedness" or consanguinity. A third section specifies that the Act "contains all of the prohibitions in law against marriage by reason of the parties being related." Marriage itself is not defined.

Provincial and territorial "solemnization of marriage" statutes are concerned primarily with conditions precedent to marriage of a ceremonial nature such as the issuance of licences, the publication of banns, the qualifications of celebrants and similar "formal" rules. On occasion, the courts have sanctioned other provincial rules less clearly associated with the marriage ceremony, leading to some concern that, in the absence of national standards, requirements for entering into a valid marriage would become a matter of concurrent jurisdiction.(8) According to the more widely held view, although Parliament has not, in the past, fully "exercised its jurisdiction to set out explicit criteria regarding the capacity to marry … [a]ny attempt by the provinces to do so would likely be unconstitutional and of no force and effect."(9)

---

(6) See Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented), Carswell, Toronto, 1992, Vol. 1, chapters 21 and 26.

(7) S.C. 1990, c. 46 (R.S.C. 1985, c. M-2.1).

(8) Leslie Katz, "The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage," *Ottawa Law Review*, Vol. 7, 1975, p. 396.

(9) Bruce Ryder, "Becoming Spouses: The Rights of Lesbian and Gay Couples," in *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Carswell, Toronto, 1993, p. 432.

C. Relevant Case Law

1. Prior to 2001

In the absence of a statutory definition of marriage, or of any statutory provisions barring same-sex marriage, the two leading cases in Canadian law to have considered the same-sex marriage issue over this period turned to British precedents.

a. *North* v. *Matheson*[10]

This pre-Charter case concerned an administrative refusal to register the Manitoba "marriage" of a same-sex couple. In upholding this decision, the judge considered, most notably, the 1866 British ruling in *Hyde* v. *Hyde and Woodmansee* on the lawfulness in Britain of a polygamous marriage, which defined the institution of marriage, "as understood in Christendom, … as the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others."[11] The *Hyde* decision is often cited as the source of the Canadian common-law requirement that a valid marriage be heterosexual.

Further authority was found in a 1970 British decision concerning the validity of a marriage between a man and a person who had undergone a male to female sex change. It observed that "sex is clearly an essential determinant of the relationship called marriage, because it is and always has been recognized as the union of man and woman. … [T]he characteristics which distinguish [marriage] from all other relationships can only be met by two persons of opposite sex."[12]

b. *Layland* v. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*[13]

In this unsuccessful Charter challenge to the common-law rule restricting marriage to persons of the opposite sex, the majority ruling relied heavily on the *North* decision and its judicial antecedents.[14] It concluded that "under the common law of Canada applicable to

---

(10) (1974), 24 R.F.L. 112 (Man. Co. Ct.).

(11) (1866), L.R. 1 P & D 130, p. 133, cited in *ibid.*, p. 116.

(12) *Corbett* v. *Corbett (otherwise Ashley)*, [1970] 2 All E.R. 33, p. 48 (P.D.A.), cited in *ibid.*

(13) (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Ct. Gen. Div.).

(14) The majority also cited a 1992 Ontario ruling which, following *North*, declared null a marriage between two women, one of whom planned to undergo a sex change. In *C.(L.)* v. *C.(C.)* (1992), 10 O.R. (3d) 254, p. 256, the judge concluded that "[t]he law as it presently exists does not provide for marriages between members of the same sex." See *ibid.*, pp. 218-219.

Ontario a valid marriage can take place only between a man and a woman and that persons of the same sex do not have the capacity to marry one another."[15] Furthermore, the federal common law did not violate section 15 of the Charter. The question of whether same-sex unions "should receive the same benefits as parties to a marriage, without discrimination because of the nature of their unions, is another question."[16]

The dissenting judge took the position that precedents relied upon by the majority should not be applied, "given what has taken place since the Charter was passed, and given the body of law which has applied s. 15 of the Charter."[17] She disagreed that the federal common law restricts valid marriages to those between different-sex couples, observing that "the common law must grow to meet society's expanding needs,"[18] and that, if such a prohibition did exist, it was unlikely to survive Charter scrutiny.

2. 2001-2005

Over this period, **11** of **12** provincial and territorial courts to have considered the Charter challenges of gay and lesbian couples have invalidated the traditional common-law opposite-sex definition of marriage and replaced it by a redefinition based on equality rights grounds under section 15 of the Charter. Only the British Columbia Supreme Court, in October 2001, dismissed a challenge to the province's refusal to issue marriage licences to same-sex couples. In May 2003, the British Columbia Court of Appeal overturned this ruling.[19]

In July 2002, three judges of the Ontario Superior Court of Justice (Divisional Court) dealing with a similar challenge found unanimously that the existing common-law rule defining marriage in opposite-sex terms represented an unjustified infringement of section 15 of the Charter. The ruling was unprecedented in Canada. In September 2002, the Cour supérieure du Québec became the second Canadian court to allow a same-sex marriage application.[20] It declared the opposite-sex language in section 5 of the 2001 *Federal Law-Civil Law*

---

(15) *Ibid.*, p. 219.

(16) *Ibid.*, p. 223.

(17) *Ibid.*, p. 227.

(18) *Ibid.*, p. 234.

(19) *EGALE Canada Inc.* v. *Canada (Attorney General)* (2003), 38 R.F.L. (5th) 32 (B.C.C.A.), reversing (2001), 88 C.R.R. (2d) 322 (B.C.S.C.); supplementary reasons (2003), 42 R.F.L. (5th) 341 (B.C.C.A.).

(20) *Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506.

Harmonization Act, No. 1 contrary to section 15 and of no force and effect[21] and extended the declaration to the interpretive provision in the federal *Modernization of Benefits and Obligations Act* and to the *Code civil* provision that also characterized marriage as a heterosexual institution. Both courts suspended their declarations of invalidity for a two-year period.

In June 2003, the Ontario Court of Appeal's unanimous decision upheld the Divisional Court's conclusions.[22] In *per curiam* reasons, the Court asserted, in part:

- "Marriage" in subsection 91(26) has the "constitutional flexibility to meet … changing realities" without a constitutional amendment;
- It is not enough to say marriage "just is" heterosexual. It is the opposite-sex component that requires scrutiny, in order to determine whether its impact on same-sex couples is discriminatory;
- When compared to married couples, same-sex couples are not afforded equal treatment in matters of benefits and obligations owing, for example, to specific cohabitation requirements or the unevenness of benefits under provincial legislation and, of particular broader significance, exclusion from the fundamental institution of marriage and its corresponding benefits, whether economic or non-economic;
- The opposite-sex requirement does not represent minimal impairment of the rights of same-sex couples:

> Allowing same-sex couples to choose their partners and to celebrate their unions is not an adequate substitute for legal recognition. ... Allowing same-sex couples to marry does not result in a corresponding deprivation to opposite-sex couples.
>
> Nor is this a case of balancing the rights of same-sex couples against the rights of religious groups who oppose same-sex marriage. Freedom of religion … ensures that religious groups have the option of refusing to solemnize same-sex marriages. The equality guarantee, however, ensures that the beliefs and practices of various religious groups are not imposed on persons who do not share those views.

The Court invalidated the existing common-law definition of marriage and reformulated it to refer to the "voluntary union for life of two persons" with immediate effect in

---

(21) The section affirmed that "[m]arriage requires the free and enlightened consent of a man and a woman to be the spouse of the other."

(22) *Halpern* v. *Canada (Attorney General)* (2003), 36 R.F.L. (5th) 127 (Ont. C.A.), affirming [2002] O.J. No. 2714 (Q.L.), (Ont. Sup. Ct. Justice (Div. Ct.)).

Ontario. In July 2003, the British Columbia Court of Appeal and, in March 2004, the Cour d'appel du Québec[23] also enabled same-sex couples to marry legally in their respective provinces immediately.

Lower courts in Yukon, Manitoba, Nova Scotia, Saskatchewan, Newfoundland and Labrador **and New Brunswick** have since followed suit.[24] The federal government has either not opposed or not intervened in the last four cases.

3. Parliamentary Committee Hearings

In 2002, the federal Department of Justice released a paper entitled *Marriage and Legal Recognition of Same-Sex Unions: A Discussion Paper*. The document was intended to enable focused debate by the then House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights, and others, around the question of how federal policy and legislation might address the same-sex marriage issue. Accordingly, the then Minister of Justice asked the Justice Committee to study the question of whether, in the context of Canada's constitutional framework and the traditional definition of marriage, Parliament should take steps to recognize same-sex unions, and if so, how. Following approximately three months of hearings on this issue, the Committee was in the process of preparing its report to the House when, on 10 June 2003, the Ontario Court of Appeal released its ruling giving immediate effect to same-sex marriage in Ontario. The Committee subsequently adopted a motion to support "the recent Ontario Court of Appeal decision which redefines the common-law definition of 'marriage' as 'the voluntary union for life of two persons, to the exclusion of all others,' while fully respecting freedom of religion, as guaranteed under the Charter of Rights." In light of these developments, the Committee report was not completed.

4. Supreme Court of Canada Reference

In June 2003, then Prime Minister Chrétien announced that the federal government would not appeal Ontario and B.C. appellate decisions, and would discontinue the federal appeal in the Quebec case. In July, the government referred draft legislation to the Supreme Court of Canada in a constitutional reference. The draft bill proposed a definition under which "Marriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of

---

(23) *Ligue catholique pour les droits de l'homme* c. *Hendricks*, [2004] J.Q. No. 2593 (Q.L.).

(24) In July 2005, the Northwest Territories Supreme Court is also scheduled to consider whether to reformulate the territory's current opposite-sex definition of marriage.

all others." It addressed the issue of religious freedom, affirming that "nothing in this Act affects the freedom of officials of religious groups to refuse to conduct marriage ceremonies that are not in accordance with their religious beliefs."

The government requested that the Court consider whether: (1) the draft bill fell within Parliament's exclusive legislative authority; (2) the bill's extension of the capacity to marry to persons of the same sex was consistent with the Charter; and (3) the Charter's freedom of religion guarantee shielded religious officials from being forced to perform same-sex marriages contrary to their religious beliefs. In January 2004, the Minister of Justice, citing the importance of a full and informed debate, added a fourth question to the Supreme Court reference, asking whether the current opposite-sex requirement for civil marriage was consistent with the Charter. In making this announcement, the Minister expressed the government's continued support for principles of equality and religious freedom as set out in the draft legislation.

The Supreme Court of Canada heard arguments in the Reference on 6 and 7 October 2004, and issued its ruling on 9 December 2004.[25] It found, in part, that:

- The provision in the draft bill authorizing same-sex marriage was within Parliament's exclusive legislative authority over legal capacity for civil marriage under subsection 91(26) of the *Constitution Act, 1867*;[26]
- However, the declaratory clause relating to those who perform marriages, and therefore within the provincial constitutional authority over solemnization of marriage, was *ultra vires* Parliament;
- The provision authorizing same-sex marriage was consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in the circumstances giving rise to the draft bill, flowed from it;
- The religious freedom guarantee in subsection 2(*a*) of the Charter is sufficiently broad to protect religious officials from state compulsion to perform same-sex marriages against their religious beliefs.

The Court declined to answer the fourth question concerning whether the opposite-sex requirement for marriage was consistent with the Charter. It found, in part, that the

---

(25) *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, 9 December 2004.

(26) The Court also found that "[t]he provinces are vested with competence in respect of non-marital same-sex relationships, just as they are vested with competence in respect of non-marital opposite-sex relationships (via the power in respect of property and civil rights under s. 92(13)). ... Civil unions are a relationship short of marriage and are, therefore, provincially regulated"; *Ibid.*, par. 33.

federal government intended to proceed with legislation irrespective of the Court's opinion, and that married same-sex couples relying on the finality of judicial decisions in jurisdictions where such marriages were now legal had acquired rights that deserved protection.

DESCRIPTION AND ANALYSIS

Bill C-38 consists of a lengthy preamble and 15 clauses, 11 of which represent consequential amendments to 8 federal statutes. The following paragraphs focus on the bill's primary subject matter. **Amendments adopted by the Legislative Committee are indicated in bold.**

A. Preamble

Bill C-38's substantive provisions are preceded by **an 11**-paragraph Preamble that will enter the annual statute book as an integral part of the legislation. In recent years, statutory preambles seem to be employed more frequently as a means of establishing a context and rationale for legislation and of underscoring parliamentary intent in enacting it. Preambles are considered interpretive rather than substantive, and may be relied upon by courts seeking to resolve ambiguity in the statute they introduce.

The preamble to Bill C-38 includes statements of principle and fact,

- asserting Parliament's commitment to uphold the Constitution and equality rights under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) (par. 1);
- noting the scope of judicial rulings across the country to have legalized same-sex marriage on Charter equality grounds, and the reliance of same-sex married couples on those rulings (par. 2-3);
- asserting that only equal access to civil marriage, as distinct from civil union, respects same-sex couples' Charter equality rights (par. 4);
- noting that Parliament's constitutional jurisdiction does not extend to creating an institution other than marriage for same-sex couples (par. 5);
- affirming the Charter's section 2 freedom of conscience and religion guarantee (par. 6);

- asserting that the bill is without effect on that guarantee, with particular reference to the freedom of members of religious groups to hold their beliefs and that of officials to refuse to perform marriages that conflict with their beliefs (par. 7);

- **stating that the public expression of differing views on marriage is compatible with the public interest (new par. 8);**

- noting that Parliament's commitment to equality precludes use of the Charter's section 33 notwithstanding clause to deny same-sex couples access to civil marriage (par. **9**);

- affirming Parliament's responsibility to support the fundamental institution of marriage (par. **10**); and

- asserting that in light of Charter values, access to civil marriage for same-sex couples should be legislated (par. **11**).

B. Civil Marriage (Clause 2)

Bill C-38's key provision defines civil marriage as "the lawful union of two persons to the exclusion of all others." It is worth stressing that Bill C-38 is concerned exclusively with civil marriage, and does not affect gender-neutral survivor or common-law partner entitlements in federal legislation.

The terms of clause 2 are identical to those of the draft provision considered by the Supreme Court of Canada (the Court) in the December 2004 Reference decision, and reflect the substance of reformulations of the traditional common-law definition effected in provincial court rulings outlined above. The following paragraphs set out the Court's views on this provision.

1. Parliament's Jurisdiction Over Marriage

In the Reference case, the Court noted, first, historic rulings recognizing that "s. 91(26) confers on Parliament legislative competence in respect of the capacity to marry, whereas s. 92(12) confers authority on the provinces in respect of the performance of marriage once that capacity has been recognized" (par. 18). The Court determined that the clause in question, "in pith and substance, ... pertains to legal capacity for civil marriage. *Prima facie*, therefore, it falls within a subject matter allocated exclusively to Parliament (s. 91(26))" (par. 19). It further noted that "[l]egislative competence over same-sex marriage must be vested

in either Parliament or the legislatures. Neither s. 92(12) nor s. 92(13) can accommodate this matter. Given that a legislative void is precluded, s. 91(26) most aptly subsumes it" (par. 34).

2. Charter Compliance

The Court also concluded that the draft provision, the predecessor to clause 2, complies with the Charter. It observed that the provision represents a direct response to the findings of provincial courts, and "embodies the government's policy stance in relation to the s. 15(1) equality concerns of same-sex couples. This, combined with the circumstances giving rise to the [draft legislation] ... , points unequivocally to a purpose which, far from violating the *Charter*, flows from it" (par. 43).

3. Effect of Legislative Recognition of Same-sex Marriage

The Court considered arguments that legislating same-sex marriage discriminates against religious groups opposed to it and/or would result in a collision of equality rights with freedom of religion guarantees. It found, on the first point, that the draft legislation reflected in clause 2 "withholds no benefits, nor does it impose burdens on a differential basis. It therefore fails to meet the threshold requirements of ... s. 15(1) analysis" (par. 45). In the Court's view, "[t]he mere recognition of the equality rights of one group cannot, in itself, constitute a violation of the rights of another" (par. 46).

On the second point, the Court declined to deal with an alleged collision of rights in the abstract, in the absence of a factual context. It did not rule out the possibility that such a collision could occur should legislation recognizing same-sex marriage become law, adding that "[c]onflicts of rights do not imply conflict with the *Charter*; rather, the resolution of such conflicts generally occurs within the ambit of the *Charter* itself" (par. 52). The Court noted that:

> The protection of freedom of religion afforded by s. 2(*a*) of the *Charter* is broad and jealously guarded in our *Charter* jurisprudence. We note that should impermissible conflicts occur, the provision at issue will by definition fail the justification test under s. 1 of the *Charter* and will be of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In this case the conflict will cease to exist. (par. 53)

In the result, the Court concluded that the "potential for collision of rights raised by [the clause 2 predecessor provision] has not been shown on this reference to violate the *Charter*. It has not

been shown that impermissible conflicts – conflicts incapable of resolution under s. 2(*a*) – will arise" (par. 54).

C. Religious Marriage (Clause 3)

Clause 3 recognizes that officials of religious denominations may refuse to perform marriages that are at odds with their religious beliefs. It is worth noting that the Court's reference decision considered a differently worded provision of the draft legislation under which "[n]othing in this Act affects" religious officials' freedom not to officiate at same-sex marriages. The Court found that provision *ultra vires* Parliament's constitutional authority, in that it related to those who may perform marriages, a matter over which provincial legislatures have exclusive competence under subsection 92(12) of the Constitution.[27] A revised version of that provision's terms is set out in the preamble's seventh paragraph where, as noted, it serves to provide context and rationale for the legislation.

Ultimately, the Court observed, "it would be for the Provinces, in the exercise of their power over the solemnization of marriage, to legislate in a way that protects the rights of religious officials while providing for solemnization of same-sex marriage" (par. 55). In this regard, the Court added, "[i]t should also be noted that human rights codes must be interpreted and applied in a manner that respects the broad protection granted to religious freedom under the *Charter*" (par. 55). In the Court's view, "it ... seems clear that state compulsion on religious officials to perform same-sex marriages contrary to their religious beliefs would violate the guarantee of freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter*" (par. 58).

There may be questions as to whether the *recognition* language set out at clause 3 is sufficiently distinct from that of the more *declaratory* language of the former draft provision to pass constitutional muster. The matter may not arise, in the absence of a legal challenge to the provision.

D. Freedom of Conscience and Religion (new clause 3.1)

The Legislative Committee heard from a number of witnesses opposing Bill C-38 that a primary concern from their perspective related to the bill's inadequate

(27) The Court rejected the suggestion that the draft provision simply declared Parliament's intent that the bill not be interpreted as interfering with provincial jurisdiction, finding that "only the provinces may legislate exemptions to existing solemnization requirements, as any such exemption necessarily relates to the solemnization of marriage under s. 92(12)" (par. 37).

protection of religious freedom, and of expressive freedom based on religious belief, for both religious institutions and officials as well as individuals. The absence of parliamentary authority to remedy this perceived failing owing to the constitutional division of powers was seen by these witnesses as particularly problematic. Acknowledging that the solemnization of marriage and other practical contexts in which the guarantee of freedom of religion is engaged largely fall under provincial jurisdiction, some were of the view that the bill could and should enhance the level of protection available in respect of areas of federal jurisdiction. To address this perceived deficiency, the government proposed, and the Committee adopted, a new provision under which,

> **For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religion guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom.**

E. Certainty Clause (Clause 4)

This self-explanatory provision stipulates, for greater certainty, that a marriage is not voidable *on the sole basis* that the spouses are of the same sex. It is understood that same-sex marriages will be voidable on the same grounds as apply to heterosexual marriages.

F. Consequential Amendments (Clauses 5-15)

Clauses 8, 9 and 15 set out the most obviously consequential amendments to legislation directly affected by Bill C-38. Clause 8 replaces the opposite-sex definition of "spouse" in the *Divorce Act* with a gender-neutral reference to "two persons" who are married. Clause 9 effects a similar replacement to opposite-sex language in section 5 of the *Federal Law and Civil Law of the Province of Quebec Act* concerning consent to marry. Clause 15 repeals the interpretive provision in the *Modernization of Benefits and Obligations Act* which refers to the opposite-sex common-law definition of marriage.

Bill C-38 makes identical amendments to the definition of "personal body corporate" in both the *Canada Business Corporations Act* and the *Canada Cooperatives Act* (clauses 5 and 6). The amendments make provision for control by individuals connected by a "legal parent-child relationship," as opposed to the existing requirement for connection by blood relationship or adoption. Connection by way of "common-law partnership" is also added, together with its gender-neutral definition, as effected in other federal statutes by the 2000 *Modernization of Benefits and Obligations Act.*

Clause 7 repeals a section of the *Civilian War-related Benefits Act* that refers to pension payments to a "husband" or "wife" in a pensioner couple. The provision in question applies to World War II volunteer air raid precaution workers.

Bill C-38 amends provisions of the *Income Tax Act* to replace existing references to "natural parent" with "legal parent." It also removes the reference to an individual "of the opposite sex" from a provision related to the extended meaning of "spouse" and "former spouse" (clauses 10-12). **By unanimous consent, a further amendment to the tax law was adopted at report stage in the House of Commons. This Bill C-38 amendment to the legislation's registered charities provisions is intended to respond to critics' concerns that the charitable status of religious institutions or organizations opposed to same-sex marriage on religious grounds was at risk of revocation owing to that opposition. Under new clause 11.1, amending section 149.1 of the *Income Tax Act*,**

> **(6.2.1) For greater certainty, subject to subsections (6.1) and (6.2), a registered charity with stated purposes that include the advancement of religion shall not have its registration revoked or be subject to any other penalty under Part V solely because it or any of its members, officials, supporters or adherents exercises, in relation to marriage between persons of the same sex, the freedom of conscience and religion guaranteed under the Canadian Charter of Rights and Freedoms.**

Finally, the bill makes technical amendments to the drafting of subsection 2(2) and 3(2) of the *Marriage (Prohibited Degrees) Act* to prohibit marriage between closely related persons of the same sex (clauses 13 and 14).

COMMENTARY

As anticipated, reaction to Bill C-38 since its introduction has been mixed, both within and outside Parliament.

Groups advocating for the traditional family have described the bill as an experiment that threatens the family unit. Many religious organizations remain highly critical of the bill's purpose and effects. These opponents have argued primarily that it offers inadequate protection of clergy and others, such as civil marriage commissioners, who do not wish to recognize or officiate at same-sex marriages. They have pointed to provincial jurisdiction over solemnization of marriage, as confirmed in the Supreme Court of Canada Reference decision, as evidence that federal guarantees in this area lack substance. Advocacy groups for gay and lesbian rights and human rights organizations, on the other hand, have welcomed the bill as landmark equality rights legislation that will end exclusion of and discrimination against gay and lesbian conjugal couples. Spokespersons of some religious organizations have also expressed support for the legislation.

At the political level, the federal Conservative Party of Canada initially expressed its intention to amend the bill to restore the traditional common-law definition of marriage and establish a parallel regime for gay and lesbian couples.[28] In their view, such a scheme would withstand Charter scrutiny,[29] despite recent broad legal opinion to the contrary.[30] Provincial response to Bill C-38 emanated largely from Alberta, where the Premier, although acknowledging legal obstacles, reportedly expressed the government's political determination to defend the traditional definition of marriage, and its intention to weigh options toward that end.

Op-ed comment has also offered a range of views. On the one hand, the criticisms of some religious groups and politicians were said to be deliberately misleading in light of the Supreme Court of Canada's clear message that the Charter's guarantee of freedom of religion prevails. The position of the Conservative opposition was criticized as less than

---

(28) "Statement by Stephen Harper on the introduction of Liberal same-sex marriage legislation," 1 February 2005, accessible on-line *via* the Web site of the Conservative Party of Canada, at http://www.conservative.ca/english/index.asp.

(29) Cristin Schmitz, *et al.*, "Same-Sex Bill Fuels Fierce Debate," *Calgary Herald*, 2 February 2005, p. A1.

(30) "Open Letter to The Hon. Stephen Harper from Law Professors Regarding Same-Sex Marriage," accessible on-line *via* the University of Toronto Faculty of Law Web site, at http://www.law.utoronto.ca/samesexletter.html.

forthcoming, among other things, about the use of the notwithstanding clause in legislation to restore the opposite-sex definition of marriage, and the constitutionality of its civil union proposal for gays and lesbians.

On the other hand, the government was said to be less than truthful because, despite its present stance on religious freedom, a future Parliament or court could remove a religious group's right to refuse to perform same-sex marriage. There was a suggestion that Bill C-38 will eventually pit the rights of religious freedom and freedom of speech against minority rights. According to another view, enactment of the legislation will not end the gay marriage debate in Alberta. The failure of the Supreme Court of Canada's Reference ruling to determine whether the opposite-sex definition of marriage is consistent with the Charter was said to represent a missed opportunity to mitigate legal uncertainty and introduce order into the debate.

Finally, more recent editorial opinion seems to take the position that the issue of same-sex marriage and Bill C-38 have been sufficiently debated: the legislation should be put to a final vote to allow Parliament to address other matters.

Résumé législatif **LS-502F**

PROJET DE LOI C-38 : LOI SUR LE MARIAGE CIVIL

Mary C. Hurley
Division du droit et du gouvernement

Le 2 février 2005
Révisé le 29 juin 2005

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service d'information et de recherche parlementaires

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

HISTORIQUE DU PROJET DE LOI C-38

CHAMBRE DES COMMUNES

Étape du projet de loi	Date
Première lecture :	1er février 2005
Deuxième lecture :	4 mai 2005
Rapport du comité :	16 juin 2005
Étape du rapport :	27 juin 2005
Troisième lecture :	28 juin 2005

SÉNAT

Étape du projet de loi	Date
Première lecture :	29 juin 2005
Deuxième lecture :	6 juillet 2005
Rapport du comité :	
Étape du rapport :	
Troisième lecture :	

Sanction royale :

Lois du Canada

N.B. Dans ce résumé législatif, tout changement d'importance depuis la dernière publication est indiqué en **caractères gras**.

Renseignements sur l'historique du projet de loi :
Peter Niemczak

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

CONTEXTE 2

A. Résumé des réformes législatives à ce jour 2

B. Le mariage et la Constitution 4
1. La division des pouvoirs 4
2. Capacité de contracter le mariage 4

C. Jurisprudence 5
1. Avant 2001 5
a. L'affaire *North* v. *Matheson* 6
b. L'affaire *Layland* v. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* 6
2. De 2001 à 2005 7
3. Audiences du comité parlementaire 9
4. Renvoi à la Cour suprême du Canada 10

DESCRIPTION ET ANALYSE 11

A. Préambule 11

B. Le mariage civil (art. 2) 12
1. Compétence du Parlement relativement au mariage 13
2. Respect de la *Charte* 13
3. Conséquence de la reconnaissance par la loi du mariage entre personnes du même sexe 13

C. Mariage religieux (art. 3) 14

D. Liberté de conscience et de religion (nouvel art. 3.1) 15

E. Précision (art. 4) 16

F. Modifications corrélatives (art. 5 à 15) 16

COMMENTAIRE 18

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

PROJET DE LOI C-38 : LOI SUR LE MARIAGE CIVIL*

Le projet de loi C-38 : Loi concernant certaines conditions de fond du mariage civil ou Loi sur le mariage civil, a fait l'objet d'une première lecture à la Chambre des communes le 1er février 2005. Il codifiera pour la première fois une définition du mariage dans le droit canadien et élargira le sens traditionnellement accordé au mariage civil en tant qu'institution hétérosexuelle. Le projet de loi établit que le « mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne », et il étend donc le sens de « mariage », sur le plan civil, aux conjoints de même sexe.

Le débat en deuxième lecture s'est échelonné du 16 février au 4 mai 2005, date à laquelle le projet de loi a été renvoyé à un comité législatif. Entre le 11 et le 14 mai, le Comité a recueilli des témoignages fondamentalement partagés sur le bien-fondé de cette mesure législative auprès de témoins représentant différentes institutions religieuses et organismes ou groupes affiliés, de groupes de défense des gais et lesbiennes, de partisans du mariage traditionnel, d'universitaires et de juristes. Le 16 juin, le projet de loi C-38 a été renvoyé à la Chambre des communes avec un amendement de fond proposé par le gouvernement et un autre amendement émanant de l'opposition et portant sur le préambule du projet de loi.

Au terme d'une journée de débat, le projet de loi C-38 a été adopté à l'étape du rapport le 27 juin avec un autre amendement de fond proposé par l'opposition. Il a ensuite été adopté par la Chambre des communes le 28 juin : 158 députés ont voté pour la mesure législative et 133, dont 32 députés ministériels, ont voté contre.

---

* Avertissement : Par souci de clarté, les propositions législatives du projet de loi décrit dans le présent résumé législatif sont énoncées comme si elles avaient déjà été adoptées ou étaient déjà en vigueur. Il ne faut pas oublier, cependant, qu'un projet de loi peut faire l'objet d'amendements au cours de son examen par la Chambre des communes et le Sénat, et qu'il est sans effet avant d'avoir été adopté par les deux chambres du Parlement, d'avoir reçu la sanction royale et d'être entré en vigueur.

CONTEXTE

A. Résumé des réformes législatives à ce jour

Tous les gouvernements au Canada interdisent la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans la prestation de services, de logements et d'emplois[1]. L'entrée en vigueur en 1985 de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* – les dispositions sur les droits à l'égalité – a influé sur la réforme des lois dans ce domaine. L'article 15 a également joué dans l'adoption graduelle, depuis le début des années 1990, de lois provinciales et fédérales visant à accorder aux couples de même sexe les garanties juridiques dont jouissent les couples mariés hétérosexuels. Entre 1992 et 1999, le gouvernement de la Colombie-Britannique a modifié la définition de « conjoint » dans de nombreuses lois de manière à inclure les personnes du même sexe vivant dans une relation « apparentée au mariage ». En 1999, le législateur québécois a adopté à l'unanimité une loi générale qui modifiait la définition de « conjoint de fait » dans certaines lois de manière à inclure les couples de même sexe[2]. C'est également en 1999 qu'a été adopté le projet de loi C 78 : Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pension du secteur public, la première loi fédérale accordant sans ambiguïté des prestations aux partenaires de même sexe; les modifications apportées par cette loi à d'autres lois entraînaient notamment le remplacement de la prestation de « conjoint survivant » par une prestation de « survivant » qui ne fait pas mention du sexe de celui-ci.

Le rythme de la réforme législative s'est considérablement accéléré dans le sillage de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire ontarienne *M.* c. *H*; il s'agissait du premier arrêt rendu par un tribunal supérieur permettant que soit contestée, en vertu de l'article 15 de la *Charte*, la définition légale de « conjoint » de sexe opposé[3]. L'arrêt de la Cour suprême ne visait à ce moment que les lois ontariennes, mais ses effets à long terme se sont répercutés au sein de pratiquement toutes les autres administrations.

---

(1) L'Alberta est la seule province où cette interdiction a été mise en vigueur par les tribunaux plutôt que par la législature : voir l'affaire *Vriend* c. *Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

(2) *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les conjoints de fait* (projet de loi 32).

(3) [1999] 2 R.C.S. 3, confirmant (1996), 142 D.L.R. (4th) 1, 31 O.R. (3d) 417 (Cour d'appel de l'Ontario). L'affaire portait sur un article de la *Loi sur le droit de la famille* qui interdisait aux partenaires de même sexe de demander un soutien au conjoint en cas de bris de la relation. Dans son arrêt de 1995 dans l'affaire *Egan* c. *Canada* ([1995] 2 R.C.S. 513), la Cour suprême du Canada a statué, à l'unanimité, que l'orientation sexuelle était un motif analogue qui appelle la protection de l'article 15, ce qui réglait définitivement la question. Par une décision majoritaire de cinq contre quatre, la Cour a également conclu que la définition de conjoint donnée dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était discriminatoire du point de vue de l'orientation sexuelle et contrevenait donc à l'article 15 de la *Charte*. Par contre, une autre majorité de cinq contre quatre a toutefois établi que cette discrimination était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les législateurs en Colombie-Britannique, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario, à Terre-Neuve-et-Labrador et en Nouvelle-Écosse ont adopté depuis une série de mesures législatives disparates accordant différents droits aux partenaires de même sexe; les initiatives prises au Nouveau-Brunswick et dans les Territoires du Nord-Ouest ont été moins nombreuses et moins étendues. En Nouvelle-Écosse et au Manitoba, il existe également des systèmes d'enregistrement des couples hétérosexuels et homosexuels non mariés. Le Québec s'est doté d'un régime d'union civile parallèle au mariage; il est régi par les règles qui s'appliquent à la célébration du mariage, comprend les droits et les obligations afférentes au mariage et comporte des règles de dissolution officielles. En Alberta, le nouvel état légiféré de « partenaire adulte interdépendant », pour l'application de plusieurs lois provinciales du domaine de la famille, prévoit des droits et des obligations pour les personnes dans une variété de situations non maritales, mais pas nécessairement conjugales, faisant intervenir une relation d'interdépendance[4].

Il en résulte un ensemble hétéroclite de droits d'un bout à l'autre du pays[5]. De plus, certains régimes provinciaux réservent le terme « conjoint » aux partenaires mariés, d'autres l'appliquent aux couples de sexes opposés mariés et non mariés et d'autres encore lui prêtent le sens de partenaires de même sexe.

À l'échelon fédéral, la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* (projet de loi C-23), proclamée par le Parlement en 2000, modifiait 68 lois de manière à assurer l'application des lois fédérales également aux couples hétérosexuels et homosexuels non mariés et à leur conférer certains avantages et certaines obligations jusque-là réservés aux couples mariés. Le ministre de la Justice d'alors a insisté sur le fait que le projet de loi C-23 n'avait pas d'effet sur l'institution du mariage, mais des critiques ont exhorté le gouvernement à définir le mariage dans la loi. C'est pourquoi le gouvernement a inséré une règle d'interprétation (art. 1.1) : « Il demeure entendu que les modifications que la présente loi apporte ne changent pas le sens du terme "mariage", soit l'union légitime d'un homme et d'une femme à l'exclusion de toute autre personne ».

---

(4) La *Adult Interdependent Relationships Act* de 2002 définit la « relation d'interdépendance » comme une relation hors mariage de deux personnes du même sexe ou de sexe différent, y compris des personnes apparentées majeures.

(5) On trouvera une analyse plus détaillée de ces nouvelles mesures dans *Orientation sexuelle et garanties juridiques*, Bulletin d'actualité CIR 92-1F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, révisé en février 2005.

B. Le mariage et la Constitution

L'activité judiciaire, politique et législative a entraîné la clarification des droits des homosexuels au Canada. Ces dernières années, les demandes se sont multipliées pour que l'institution du mariage soit étendue aux couples de même sexe, en vertu des droits constitutionnels à l'égalité. Ces derniers ont été sanctionnés par les tribunaux de **huit** provinces et d'un gouvernement territorial. Les rubriques qui suivent analysent les principes constitutionnels fondamentaux du droit du mariage au Canada et la jurisprudence existante.

1. La division des pouvoirs

La *Loi constitutionnelle de 1867* répartit la compétence législative en matière de droit de la famille. En vertu du paragraphe 92(13) – « La propriété et les droits civils dans la province » –, la majeure partie des questions familiales incombent aux provinces. Ces questions comprennent notamment la propriété matrimoniale et le soutien du conjoint et des enfants ne découlant pas de procédures liées à la *Loi sur le divorce*, de l'adoption, de la succession et de la tutelle[6].

Le mariage lui-même fait l'objet d'un traitement constitutionnel plus explicite. Le paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise le Parlement à légiférer en matière de « mariage et de divorce », et le paragraphe 92(12) confère aux législatures provinciales le pouvoir de faire des lois concernant « la célébration du mariage dans la province ».

2. Capacité de contracter le mariage

Il est maintenant bien établi en droit que le Parlement détient la compétence exclusive de réglementer la *capacité* légale de contracter le mariage ou encore les questions touchant à sa validité *essentielle*. De même, les gouvernements provinciaux ont la compétence exclusive des questions relatives à la validité *formelle*.

---

(6) Voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3e éd. (augmentée), Toronto, Carswell, 1992, vol. 1, chap. 21 et 26.

Les lois fédérales en matière de mariage ont toujours été peu nombreuses. Dans la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*[7] – la seule loi actuellement en vigueur en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le paragraphe 91(26) en matière de mariage –, deux dispositions de fonds codifient les degrés prohibés de « lien de parenté » ou de consanguinité. Un autre article établit que la *Loi* « comporte la totalité des règles de droit applicables au Canada en matière d'empêchements au mariage fondés sur des liens de parenté ». Toutefois, la *Loi* ne définit pas le mariage.

Les lois provinciales et territoriales sur la « célébration du mariage » visent principalement les conditions qui s'appliquent au mariage du point de vue cérémoniel, notamment la délivrance de licences, la publication des bans, les compétences des célébrants et d'autres règles « formelles ». À l'occasion, des tribunaux ont sanctionné d'autres règles provinciales moins clairement liées à la cérémonie du mariage, ce qui a fait craindre à certaines personnes que, en l'absence de normes nationales, les exigences à respecter pour contracter un mariage valide ne relèvent de plus d'un gouvernement[8]. Une opinion plus répandue veut que, même si, par le passé, le Parlement n'a pas exercé pleinement sa compétence pour établir des critères explicites sur la capacité de contracter le mariage, toute tentative des provinces de le faire serait probablement jugée anticonstitutionnelle et inopérante[9].

C. Jurisprudence

1. Avant 2001

En l'absence d'une définition légale du mariage et de dispositions législatives interdisant le mariage entre personnes du même sexe, les deux principales affaires canadiennes qui ont porté sur la question du mariage entre personnes du même sexe pendant cette période ont amené le tribunal à se tourner vers des précédents britanniques.

---

(7) L.C. 1990, ch. 46 (L.R.C. 1985, ch. M-2.1).

(8) Leslie Katz, « The Scope of the Federal Legislative Authority in Relation to Marriage », *Ottawa Law Review*, vol. 384, 1975, p. 396.

(9) Bruce Ryder, « Becoming Spouses: The Rights of Lesbian and Gay Couples », *Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, Toronto, Carswell, 1993, p. 432.

a. L'affaire *North* v. *Matheson*[10]

Cette cause antérieure à la *Charte* portait sur le refus administratif d'enregistrer au Manitoba le « mariage » d'un couple de personnes du même sexe. En confirmant cette décision, le juge a considéré entre autres choses l'arrêt britannique de 1866 dans l'affaire *Hyde* v. *Hyde and Woodmansee* au sujet de la légalité en Grande-Bretagne d'un mariage polygame, qui définissait l'institution du mariage « ainsi que l'entend la chrétienté, [...] comme l'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de toute autre personne »[11]. Le jugement *Hyde* est fréquemment cité comme la source de l'exigence canadienne, en common law, voulant qu'un mariage valide soit un mariage hétérosexuel.

Un autre fondement a été trouvé dans un jugement britannique de 1970 concernant la validité d'un mariage entre un homme et une personne qui avait subi un changement de sexe d'homme à femme. Le jugement établissait que « le sexe est manifestement un déterminant essentiel de la relation appelée mariage, étant donné qu'elle est l'union d'un homme et d'une femme et a toujours été reconnue comme telle [...] Seules deux personnes du sexe opposé présentent les caractéristiques qui distinguent le mariage des autres formes de relation. »[12]

b. L'affaire *Layland* v. *Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)*[13]

Dans cette contestation infructueuse en vertu de la *Charte* de la règle de common law qui limite le mariage aux personnes de sexe opposé, la décision majoritaire s'est appuyée abondamment sur l'affaire *North* et ses antécédents judiciaires[14]. Le jugement établit que « en vertu de la common law canadienne appliquée à l'Ontario, un mariage valide ne peut avoir lieu qu'entre un homme et une femme et que les personnes du même sexe n'ont pas la capacité de se marier entre elles »[15]. De plus, la common law fédérale n'enfreint pas l'article 15 de la *Charte*.

---

(10) (1974), 24 R.F.L. 112 (Cour de comté du Manitoba).

(11) (1866), L.R. 1 P & D 130, p. 133, cité dans *Ibid.*, p. 116 [traduction].

(12) *Corbett* v. *Corbett (otherwise Ashley)*, [1970] 2 All E.R. 33, p. 48 (P.D.A.), cité dans *Ibid.* [traduction].

(13) (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Cour de l'Ontario, Division générale).

(14) La majorité a également cité une décision ontarienne de 1992 qui, suivant l'arrêt *North*, déclarait nul un mariage entre deux femmes, dont l'une d'elles prévoyait de subir un changement de sexe. Dans l'affaire *C.(L.)* c. *C.(C.)* (1992), 10 O.R. (3d) 254, à la p. 256, le juge conclut que « dans son état actuel, la loi ne prévoit pas le mariage entre personnes du même sexe » [traduction]. Voir *Ibid.*, p. 218 et 219.

(15) *Ibid.*, p. 219 [traduction].

La question de savoir si les parties à une union de même sexe « devraient profiter des mêmes avantages que les conjoints mariés, sans discrimination fondée sur la nature de leur union, est une autre question »[16].

La juge dissidente a soutenu qu'il ne fallait pas appliquer les précédents sur lesquels s'appuyait la majorité, « étant donné ce qui s'est passé depuis l'adoption de la *Charte* et compte tenu de l'ensemble de droit dans lequel a été appliqué l'article 15 de la *Charte* »[17]. Elle n'admettait pas que la common law fédérale limite les mariages valides aux unions entre personnes de sexe opposé, faisant valoir « que la common law doit évoluer pour répondre aux besoins croissants de la société »[18], et que, si une telle interdiction existait, elle aurait peu de chances de résister à l'épreuve de la *Charte*.

2. De 2001 à 2005

De 2001 à 2005, **11** des **12** tribunaux provinciaux et territoriaux qui ont examiné les contestations de couples homosexuels en vertu de la *Charte* ont invalidé la définition traditionnelle du mariage en common law et l'ont remplacée par une redéfinition fondée sur les droits à l'égalité prévus par l'article 15 de la *Charte*. Seule la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté, en octobre 2001, une contestation du refus de la province de délivrer des licences de mariage à des couples de même sexe. En mai 2003, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a renversé cette décision[19].

En juillet 2002, trois juges de la Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire) saisis d'une contestation similaire ont conclu à l'unanimité que la règle de common law qui définit le mariage comme l'union de deux personnes de sexe opposé constitue une violation injustifiée de l'article 15 de la *Charte*. Il s'agissait d'un jugement sans précédent au Canada. En septembre 2002, la Cour supérieure du Québec est devenue la deuxième cour canadienne à autoriser une demande de mariage entre personnes du même sexe[20]. L'arrêt

---

(16) *Ibid.*, p. 223 [traduction].

(17) *Ibid.*, p. 227 [traduction].

(18) *Ibid.*, p. 234 [traduction].

(19) *EGALE Canada Inc.* v. *Canada (Attorney General)* (2003), 38 R.F.L. (5th) 32 (Cour d'appel de la C.-B.), infirmant (2001), 88 C.R.R. (2d) 322 (Cour suprême de la C.-B.); motifs supplémentaires (2003), 42 R.F.L. (5th) 341 (Cour d'appel de la C.-B.).

(20) *Hendricks* c. *Québec (Procureur général)*, [2002] R.J.Q. 2506.

déclarait que la mention d'un homme et d'une femme à l'article 5 de la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*[21] était contraire à l'article 15 de la *Charte* et l'a déclarée inopérante et a élargi la déclaration à la disposition interprétative de la *Loi de modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* et à la disposition du *Code civil* qui caractérisaient également le mariage comme une institution hétérosexuelle. Les deux tribunaux ont suspendu les déclarations d'invalidité pour une période de deux ans.

En juin 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé à l'unanimité la décision de la Cour divisionnaire[22]. Dans ses motifs *per curiam*, la Cour a affirmé, entre autres, ce qui suit :

- La notion de « mariage » à l'article 91(26) de la *Loi constitutionnelle* a suffisamment de souplesse constitutionnelle pour tenir compte des nouvelles réalités sans qu'il soit nécessaire de modifier la Constitution.

- Il ne suffit pas d'affirmer simplement que le mariage désigne exclusivement l'union de personnes de sexe opposé. C'est l'élément « sexe opposé » qui doit faire l'objet d'un examen visant à déterminer si son effet sur les couples homosexuels est discriminatoire.

- Par rapport aux couples mariés, les couples homosexuels ne jouissent pas d'un traitement égal en ce qui concerne les avantages et les obligations, et ce, en raison, par exemple, des exigences précises de cohabitation ou de l'inégalité des prestations prévues dans les lois provinciales et, chose plus importante encore, ils sont exclus de l'institution du mariage et donc privés des avantages financiers et non financiers qui en découlent.

- La restriction du mariage aux couples de sexe opposé ne constitue pas une atteinte minimale aux droits des couples homosexuels :

> Permettre aux couples de même sexe de choisir leurs partenaires et de célébrer leur union ne remplace pas adéquatement la reconnaissance juridique [...] Le fait d'autoriser le mariage de couples de même sexe ne lèse pas les couples de sexe opposé.
>
> Il ne s'agit pas non plus de concilier les droits des couples de même sexe et ceux des groupes religieux opposés au mariage entre personnes du même sexe. La liberté de religion [...] permet aux groupes religieux de refuser de célébrer des mariages homosexuels. La disposition garantissant l'égalité empêche toutefois les différents groupes religieux d'imposer leurs croyances et leurs pratiques aux personnes qui ne pensent pas comme eux.

---

(21) Cet article dispose que « le mariage requiert le consentement libre et éclairé d'un homme et d'une femme à se prendre mutuellement pour époux ».

(22) *Halpern* v. *Canada (Attorney General)* (2003), 36 R.F.L. (5th) 127 (Cour d'appel de l'Ontario), confirmant [2002] O.J. No. 2714 (Q.L.) (Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour divisionnaire)) [traduction].

La Cour a invalidé la définition du « mariage » donnée par la common law et en a formulé une nouvelle, l'« union volontaire entre deux personnes pour la vie », qui est entrée en vigueur immédiatement en Ontario. En juillet 2003, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, en mars 2004, la Cour d'appel du Québec(23) ont également autorisé les couples de personnes du même sexe à se marier légalement dans leur province respective immédiatement.

Des tribunaux inférieurs du Yukon, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, de la Saskatchewan, de Terre-Neuve-et-Labrador **et du Nouveau-Brunswick** leur ont emboîté le pas(24). Le gouvernement fédéral ne s'est pas opposé ou n'est pas intervenu dans les quatre derniers cas.

3. Audiences du comité parlementaire

En 2002, le ministère fédéral de la Justice a publié un document intitulé *Mariage et reconnaissance des unions de conjoints de même sexe – Document de travail*. Ce document était destiné à susciter un débat ciblé par le Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes et d'autres intervenants sur le traitement que devraient réserver la politique et la loi fédérales à la question du mariage entre personnes du même sexe. Le ministre de la Justice de l'époque a donc demandé à ce comité de voir si, dans le contexte du cadre constitutionnel du Canada et de la définition traditionnelle du mariage, le Parlement devrait prendre des mesures pour reconnaître les unions entre personnes du même sexe et, dans l'affirmative, lesquelles. Après environ trois mois d'audiences, le Comité avait commencé à rédiger son rapport à la Chambre, lorsque, le 10 juin 2003, la Cour d'appel de l'Ontario a fait connaître sa décision d'autoriser séance tenante les mariages homosexuels en Ontario. Le Comité a alors adopté une motion portant qu'il « appuie la décision récente de la Cour d'appel de l'Ontario, dans laquelle elle redéfinit le mariage de common law comme étant l'union volontaire à vie entre deux personnes à l'exclusion de toutes les autres, dans le respect complet de la liberté de religion garantie par la Charte des droits ». Compte tenu de ces faits, le Comité n'a pas terminé son rapport.

---

(23) *Ligue catholique pour les droits de l'homme* c. *Hendricks*, [2004] J.Q. N° 2593 (Q.L.).

(24) En juillet 2005, la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest doit elle aussi se prononcer sur la question de savoir s'il y a lieu de reformuler la définition hétérosexuelle du mariage actuellement en vigueur dans les Territoires du Nord-Ouest.

4. Renvoi à la Cour suprême du Canada

En juin 2003, le premier ministre d'alors, Jean Chrétien, a déclaré que le gouvernement fédéral n'interjetterait pas appel des décisions des cours d'appel rendues en Ontario et en Colombie-Britannique et qu'il retirerait l'appel interjeté au Québec. Le mois suivant, le gouvernement a renvoyé l'avant-projet de loi à la Cour suprême du Canada pour que celle-ci se prononce sur sa constitutionnalité. L'avant-projet de loi proposait la définition suivante : « Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne. » Il abordait également la question de la liberté de religion : « La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte à la garantie dont fait l'objet cette liberté, en particulier celle qui permet [...] aux autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses. »

Le gouvernement a demandé à la Cour suprême de se prononcer sur les points suivants : 1) si l'avant-projet de loi relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada, 2) si la disposition de l'avant-projet de loi qui accorde aux personnes du même sexe la capacité de se marier est conforme à la *Charte* et 3) si la liberté de religion que garantit la *Charte* protège les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses. En janvier 2004, le ministre de la Justice, soulignant l'importance d'un débat entier et éclairé, a ajouté une quatrième question au *Renvoi* à la Cour suprême, à savoir si l'exigence, sur le plan civil, selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier, est conforme à la *Charte*. Lorsqu'il a fait cette annonce, le Ministre a fait état du soutien continu du gouvernement aux principes d'égalité et de liberté religieuse tels qu'ils sont énoncés dans l'avant-projet de loi.

La Cour suprême a entendu les arguments concernant le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* les 6 et 7 octobre 2004 et a fait connaître sa décision le 9 décembre 2004[25]. Elle a arrêté notamment ce qui suit :

- La disposition de l'avant-projet de loi autorisant le mariage entre personnes du même sexe relève de la compétence exclusive du Parlement visant la capacité juridique de contracter un mariage civil prévue au paragraphe 91(26) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[26].

---

(25) *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, 9 décembre 2004.

(26) La Cour a également dit que « [l]es provinces ont compétence sur les relations entre personnes non mariées du même sexe, comme sur les relations entre personnes non mariées de sexe opposé (en raison de la compétence en matière de propriété et de droits civils que leur attribue le par. 92(13)) [...] L'union civile ne constitue pas tout à fait un mariage et est donc régie par la province. », *Ibid.*, par. 33.

- Cependant, l'article déclaratoire concernant les personnes qui peuvent procéder aux mariages, et par conséquent un sujet qui relève de l'autorité constitutionnelle des provinces relativement à la célébration des mariages, ne relève pas de la compétence du Parlement.

- La disposition autorisant le mariage entre personnes du même sexe est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* et, compte tenu des circonstances à l'origine de l'avant-projet de loi, elle découle de celle-ci.

- Le droit à la liberté de religion garanti par l'alinéa 2*a*) de la *Charte* a une portée assez étendue pour protéger les autorités religieuses contre la possibilité que l'État les contraigne à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses.

La Cour a refusé de répondre à la quatrième question, à savoir si l'exigence selon laquelle seules deux personnes de sexe opposé peuvent se marier était conforme à la *Charte*. La Cour a conclu notamment que le gouvernement fédéral avait l'intention de présenter un projet de loi sur cette question indépendamment de l'avis de la Cour et, d'autre part, que les couples homosexuels mariés dont l'union repose sur la finalité des décisions judiciaires rendues dans les provinces où de tels mariages sont maintenant légaux ont acquis des droits qui doivent être protégés.

DESCRIPTION ET ANALYSE

Le projet de loi C-38 se compose d'un long préambule et de 15 articles, dont 11 sont des modifications corrélatives apportées à huit lois fédérales. Les paragraphes suivants portent sur le sujet principal du projet de loi. **Les amendements adoptés par le comité législatif sont indiqués en caractères gras.**

A. Préambule

Les dispositions de fond du projet de loi C-38 sont précédées d'un préambule de **11** alinéas qui sera intégré au recueil annuel des lois comme partie intégrante de la loi. Depuis quelques années, il semble que le préambule soit utilisé plus fréquemment comme moyen de donner un contexte et une justification à une loi et de faire ressortir l'intention du législateur. Le préambule sert davantage à interpréter qu'à établir le fond, et les tribunaux peuvent s'y référer pour dissiper une ambiguïté du texte de loi qu'il précède.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Le préambule du projet de loi C-38 contient des énoncés de principes et de faits :

- affirmant que le Parlement s'est engagé à faire respecter la Constitution et les droits à l'égalité en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (al. 1);
- notant la portée des jugements rendus par les tribunaux au Canada qui légalisent le mariage entre personne du même sexe en invoquant les droits à l'égalité garantis par la *Charte*, ainsi que le fait que les couples mariés de même sexe se fondent sur ces jugements (al. 2 et 3);
- affirmant que seule l'égalité d'accès au mariage civil, en qualité d'institution distincte de l'union civile, respecte les droits à l'égalité garantis par la *Charte* des couples de même sexe (al. 4);
- rappelant que le Parlement n'a pas la compétence constitutionnelle nécessaire à l'établissement d'une institution autre que le mariage pour les couples de même sexe (al. 5);
- affirmant que chacun jouit de la liberté de conscience et de religion au titre de l'article 2 de la *Charte* (al. 6);
- affirmant que le projet de loi n'a pas pour effet de porter atteinte à cette garantie, particulièrement en ce qui concerne la liberté qu'ont les membres des groupes religieux d'avoir les convictions religieuses de leur choix et les autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses (al. 7);
- **affirmant qu'il n'est pas contraire à l'intérêt public d'exprimer publiquement des opinions variées sur le mariage (nouvel al. 8);**
- faisant remarquer que l'engagement du Parlement à protéger le droit à l'égalité l'empêche de recourir à la disposition d'exemption prévue à l'article 33 de la *Charte* pour priver les couples de même sexe de l'accès au mariage civil (al. **9**);
- affirmant que le Parlement a la responsabilité de soutenir l'institution fondamentale qu'est le mariage (al. **10**);
- faisant valoir que, dans l'esprit des valeurs énoncées dans la *Charte*, l'accès au mariage civil pour les couples de même sexe devrait être reconnu par la loi (al. **11**).

B. Le mariage civil (art. 2)

La disposition clé du projet de loi C-38 définit le mariage civil comme suit : « Le mariage est, sur le plan civil, l'union légitime de deux personnes, à l'exclusion de toute autre personne. » Il convient d'insister sur le fait que le projet de loi C-38 porte exclusivement sur le mariage civil et qu'il ne touche pas aux dispositions des lois fédérales concernant les droits des conjoints de fait ou des survivants sans distinction de sexe.

Le libellé de l'article 2 est le même que celui de l'avant-projet de loi étudié par la Cour suprême du Canada (la Cour) dans son arrêt de décembre 2004 visant le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* et reflète l'essence des reformulations de la définition traditionnelle du mariage en common law dans les jugements des tribunaux provinciaux susmentionnés. Les paragraphes suivants présentent les opinions exprimées par la Cour au sujet de cette disposition.

1. Compétence du Parlement relativement au mariage

Dans son arrêt relatif au *Renvoi*, la Cour a mentionné, premièrement, les jugements historiques reconnaissant que « le par. 91(26) confère au Parlement le pouvoir de légiférer relativement à la capacité de se marier, alors que le par. 92(12) confère compétence aux provinces relativement à la célébration du mariage une fois cette capacité reconnue » (par. 18). La Cour a déterminé que l'article en question, « de par son caractère véritable, [...] se rapporte à la capacité juridique de contracter un mariage civil. Il touche donc, à premier vue, un sujet attribué exclusivement au Parlement ([par]. 91(26)). » (par. 19) Elle fait remarquer en outre que « [l]a compétence législative relative au mariage entre personnes du même sexe appartient donc nécessairement soit au Parlement, soit aux législatures provinciales. Ni le par. 92(12) ni le par. 92(13) ne peuvent inclure ce sujet. L'absence de compétence législative en la matière étant exclue, c'est le par. 91(26) qui est le plus apte à l'englober. » (par. 34)

2. Respect de la *Charte*

La Cour a également conclu que la disposition de l'avant-projet de loi qui a précédé l'article 2 du projet de loi est conforme à la *Charte*. Elle a fait remarquer que la disposition constitue une réponse directe aux jugements des tribunaux provinciaux et « exprime la position du gouvernement relativement aux prétentions des couples du même sexe concernant le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1). Cette position, combinée aux circonstances à l'origine de [l'avant-projet de loi] [...], indique sans équivoque que l'objet de la loi, loin de contrevenir à la *Charte*, découle de celle-ci. » (par. 43)

3. Conséquence de la reconnaissance par la loi du mariage entre personnes du même sexe

La Cour a examiné les arguments selon lesquels la légalisation du mariage entre personnes du même sexe est discriminatoire à l'endroit des groupes religieux qui s'y opposent ou crée une collision des droits à l'égalité et de la liberté de religion garantie par la *Charte*, ou les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

deux. La Cour a déterminé, au sujet de la première objection, que la disposition de l'avant-projet de loi correspondant à l'article 2 du projet de loi « n'empêche l'accès à aucun avantage, ni n'impose aucun fardeau sur le fondement d'une différence. Elle ne remplit donc pas la condition préliminaire pour que le par. 15(1) trouve application selon les critères établis. » (par. 45) De l'avis de la Cour, « [l]a simple reconnaissance du droit à l'égalité d'un groupe ne peut, en soi, porter atteinte aux droits d'un autre groupe » (par. 46).

Pour ce qui est de la deuxième objection, la Cour a refusé de traiter de la collision des droits alléguée dans l'abstrait, en l'absence d'un contexte factuel. Elle n'a pas exclu la possibilité qu'une telle collision se produise si une mesure législative reconnaissant le mariage entre personnes du même sexe a force de loi, ajoutant qu'« [u]n conflit des droits n'emporte pas nécessairement l'existence d'un conflit avec la *Charte*; il peut généralement, au contraire, être résolu à l'aide de la *Charte* même » (par. 52). La Cour a fait remarquer ce qui suit :

> La protection de la liberté de religion offerte par l'al. 2*a*) de la *Charte* a une portée étendue et la jurisprudence de notre Cour sur la *Charte* la défend jalousement. Soulignons que, si un conflit inadmissible survenait, la disposition en cause ne pourrait, par définition, se justifier au sens de l'article premier de la *Charte* et serait inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le conflit cesserait alors d'exister. (par. 53)

Ainsi, la Cour a conclu qu'« il n'a pas été démontré que le risque de collision des droits engendré par [la disposition qui a précédé l'article 2 du projet de loi] porte atteinte à la liberté de religion garantie par la *Charte*. Il n'a pas été démontré que des conflits inadmissibles – qui ne peuvent être résolus par l'application de l'al. 2*a*) – surgiront. » (par. 54)

C. Mariage religieux (art. 3)

Aux termes de l'article 3, il est entendu que les autorités religieuses sont libres de refuser de procéder à des mariages non conformes à leurs convictions religieuses. Il convient de signaler que, dans l'arrêt rendu relativement au *Renvoi*, la Cour suprême a examiné une version différente de cette disposition de la loi proposée, selon laquelle « [l]a présente loi n'a pas pour effet » de porter atteinte à la liberté des autorités religieuses de refuser de procéder à des mariages entre personnes du même sexe. La Cour a déterminé que ladite disposition ne relève pas de la compétence du Parlement, du fait qu'elle concerne les personnes habilitées à procéder à

un mariage, une compétence exclusive des provinces suivant le paragraphe 92(12) de la Constitution[27]. Une version révisée de l'article se trouve au septième paragraphe du préambule lequel, comme nous l'avons indiqué, sert à donner un contexte et une justification à la loi.

Enfin, la Cour a fait remarquer qu'« il reviendrait aux provinces, dans l'exercice de leur pouvoir relatif à la célébration des mariages, de protéger les droits des autorités religieuses en légiférant relativement à la célébration des mariages entre personnes du même sexe ». À ce sujet, la Cour a aussi dit qu'« [i]l faut aussi signaler que les codes en matière de droits de la personne doivent être interprétés et appliqués dans le respect de la vaste protection accordée par la *Charte* à la liberté de religion » (par. 55). Selon la Cour, « ... [i]l semble donc clair que le fait d'obliger les autorités religieuses à marier des personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses porterait atteinte à la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte* » (par. 58).

On pourrait se demander si l'expression « il est entendu que » (*reconnaissance d'un fait*) utilisée à l'article 3 du projet de loi est suffisamment distincte de la terminologie qui est utilisée dans la version de l'article proposée dans l'avant-projet de loi et qui est davantage de nature *déclaratoire* pour satisfaire au critère constitutionnel. Il est possible que la question ne se pose pas en l'absence d'une contestation judiciaire de la disposition.

D. Liberté de conscience et de religion (nouvel art. 3.1)

Le comité législatif a entendu un certain nombre de témoins opposés au projet de loi C-38 affirmer que l'une des principales lacunes de cette mesure législative résidait dans le peu de protection accordée à la liberté de religion et à la liberté d'expression fondée sur une croyance religieuse des institutions et des autorités religieuses ainsi que des particuliers. L'impossibilité pour le Parlement de remédier à cette lacune apparente en raison du partage actuel des pouvoirs en vertu de la Constitution est particulièrement inquiétante à leurs yeux. Conscients que la célébration du mariage et les autres contextes pratiques dans lesquels le droit reconnu à la liberté de religion intervient

---

(27) La Cour a rejeté l'argument selon lequel la disposition proposée déclare simplement que le Parlement ne veut pas que la loi proposée soit interprétée de façon à empiéter sur la compétence des provinces et elle a déterminé que « seules les provinces peuvent édicter des exemptions aux règles en vigueur en matière de célébration, car de telles exemptions se rapportent nécessairement à la "célébration du mariage" visée au par. 92(12). » (par. 37)

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

sont en grande partie du ressort des provinces, certains sont d'avis que le projet de loi pourrait et devrait accroître le niveau de protection accordé à l'égard des champs de compétence fédéraux. Pour remédier à cette lacune apparente, le gouvernement a proposé une nouvelle disposition, que le comité a adoptée et dont voici la teneur :

> **Il est entendu que nul ne peut être privé des avantages qu'offrent les lois fédérales ni se voir imposer des obligations ou des sanctions au titre de ces lois pour la seule raison qu'il exerce, à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu'il exprime, sur la base de cette liberté, ses convictions à l'égard du mariage comme étant l'union entre un homme et une femme à l'exclusion de toute autre personne.**

E. Précision (art. 4)

Cette disposition explicite dispose clairement qu'il est entendu que le mariage n'est pas nul ou annulable *du seul fait* que les époux sont du même sexe. Il faut comprendre que les mariages entre personnes du même sexe sont nuls ou annulables pour les mêmes motifs que les mariages entre personnes de sexe opposé.

F. Modifications corrélatives (art. 5 à 15)

Les articles 8, 9 et 15 contiennent les modifications corrélatives les plus évidentes apportées aux lois directement touchées par le projet de loi C-38. L'article 8 remplace la définition du terme « époux » qui renvoie à des personnes de sexe opposé dans la *Loi sur le divorce* par l'expression « deux personnes » unies par les liens du mariage, sans égard au sexe. L'article 9 modifie de même façon la terminologie utilisée à l'article 5 de la *Loi sur le droit fédéral et le droit civil de la province de Québec* concernant le consentement au mariage. L'article 15 abroge la règle d'interprétation de la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* qui renvoie à la définition du mariage en common law, soit l'union légitime d'un homme et d'une femme.

Le projet de loi C-38 apporte des modifications semblables à la définition de « personne morale privée » dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* et dans la *Loi canadienne sur les coopératives* (art. 5 et 6). Les modifications renvoient au contrôle par des particuliers unis « par les liens [...] de la filiation », par opposition aux dispositions actuelles qui

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

exigent que les particuliers soient unis par les liens du sang ou de l'adoption. Le lien dans le cadre d'une « union de fait » est aussi ajouté, de même que sa définition sans égard au sexe, ainsi que le dispose la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* de 2000.

L'article 7 abroge un article de la *Loi sur les prestations de guerre pour les civils* qui mentionne le versement de pensions au « mari » ou à la « femme » dans un couple de pensionnés. La disposition en question s'applique aux engagés de la défense passive volontaires pendant la Deuxième Guerre mondiale.

Le projet de loi C-38 modifie les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en remplaçant les mentions actuelles du « père naturel » et de la « mère naturelle » par « légalement l'autre parent » ou « légalement le père ou la mère ». Il élimine aussi les termes « de sexe opposé » dans une disposition concernant le sens élargi des termes « conjoint » et « ex-conjoint » (art. 10 à 12). **Un autre amendement touchant la *Loi de l'impôt* a été adopté à l'étape du rapport avec le consentement unanime de la Chambre des communes. Cet amendement portant sur les dispositions de la *Loi* applicables aux organismes de charité enregistrés vise à donner suite aux préoccupations exprimées par les opposants au projet de loi C-38 qui craignent que les institutions ou organismes religieux qui s'opposent au mariage entre personnes du même sexe voient leur statut d'organismes de bienfaisance révoqué en raison de leur opposition. En vertu du nouvel article 11.1 du projet de loi, qui modifie l'article 149.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,**

> **(6.2.1) Il est entendu que, sous réserve des paragraphes (6.1) et (6.2), l'organisme de bienfaisance enregistré dont l'un des buts déclarés est de promouvoir la religion ne peut voir son statut révoqué ni se voir imposer d'autres sanctions au titre de la partie V pour la seule raison qu'il exerce, ou que ses membres, ses dirigeants, ses adhérents ou les personnes qui l'appuient exercent, à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*.**

Enfin, le projet de loi apporte des modifications techniques au libellé des paragraphes 2(2) et 3(2) de la *Loi sur le mariage (degrés prohibés)*, afin d'interdire le mariage entre personnes du même sexe qui sont étroitement liées (art. 13 et 14).

COMMENTAIRE

Comme prévu, les réactions suscitées par le projet de loi C-38 depuis son dépôt ont été partagées, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Parlement.

Les groupes qui défendent la famille traditionnelle ont dit voir le projet de loi comme une expérience qui menace le noyau familial. Les organisations religieuses demeurent nombreuses à critiquer au plus haut point l'objectif et les effets du projet de loi. Ces détracteurs ont surtout fait valoir que celui-ci offrait une protection insuffisante aux membres du clergé et aux autres personnes – par exemple les commissaires au mariage – qui ne veulent pas reconnaître ni célébrer les mariages entre conjoints de même sexe. À leur avis, puisque la célébration du mariage relève de la compétence des provinces, comme le confirme d'ailleurs l'arrêt de la Cour suprême relatif au *Renvoi*, les garanties fédérales en cette matière sont dénuées de fondements. Les groupes de défense des droits des gais et lesbiennes et les organismes de protection des droits de la personne se sont réjouis pour leur part du projet de loi et y voient un tournant dans la lutte menée pour mettre fin à l'exclusion et à la discrimination à l'égard des couples conjugaux de gais et lesbiennes. Les porte-parole de certaines organisations religieuses ont également exprimé leur appui au projet de loi.

Sur le plan politique, le Parti conservateur du Canada avait initialement fait part de son intention de modifier le projet de loi pour rétablir la définition traditionnelle du mariage contenue dans la common law et mettre en place un régime parallèle pour les couples de gais et lesbienne[28]. Il estime que cette façon de faire résisterait à un examen fondé sur la *Charte*[29], même si dans les milieux juridiques on a récemment soutenu le contraire[30]. La réaction des provinces est surtout venue surtout de l'Alberta, où le premier ministre aurait exprimé la détermination politique de son gouvernement à défendre la définition traditionnelle du mariage et à évaluer les options pour ce faire, bien qu'il demeure conscient des obstacles juridiques inhérents à une telle démarche.

---

(28) *Déclaration de Stephen Harper sur la présentation du projet de loi des libéraux sur le mariage entre conjoints de même sexe*, 1er février 2005; voir le site Web du Parti conservateur du Canada (http://www.conservative.ca/french/subpage.asp?t=hl&id=334).

(29) Cristin Schmitz *et al.*, « Same-Sex Bill Fuels Fierce Debate », *Calgary Herald*, 2 février 2005, p. A1.

(30) « Open Letter to The Hon. Stephen Harper from Law Professors Regarding Same-Sex Marriage »; voir le site Web de la faculté de droit de l'Université de Toronto (http://www.law.utoronto.ca/samesexletter.html).

Les pages du lecteur ont exprimé elles aussi une multitude de points de vue. D'une part, les critiques formulées par certains groupes religieux et certains politiciens ont été dénoncées comme étant délibérément trompeuses, puisque selon la Cour suprême du Canada le droit à la liberté de religion garanti par la *Charte* continue de s'appliquer. On reproche à l'opposition conservatrice de ne pas faire intervenir tous les éléments en cause dans sa position, notamment en ce qui concerne le recours à la disposition de dérogation dans des mesures législatives pour rétablir la définition du mariage entre conjoints de sexe opposé, et la constitutionnalité de sa proposition d'union civile pour les gais et lesbiennes.

D'autre part, le gouvernement a été accusé de manquer de sincérité, parce que, malgré sa position actuelle sur la liberté religieuse, un Parlement ou un tribunal pourrait plus tard retirer à un groupe religieux le droit de refuser de célébrer les mariages entre conjoints de même sexe. On a laissé entendre que le projet de loi C-38 finirait par opposer, d'une part, les droits à la liberté de religion et d'expression et, d'autre part, les droits des minorités. Selon une autre opinion, l'adoption du projet de loi ne mettra pas fin au débat sur le mariage gai en Alberta. Le fait que la Cour suprême du Canada, dans son arrêt concernant le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, ne précise pas si la définition qui réserve le mariage à des conjoints de sexe opposé est conforme à la *Charte* a été perçu comme une occasion manquée de dissiper un peu l'incertitude juridique qui règne et de mettre de l'ordre dans le débat.

Enfin, dans leurs plus récents propos, les éditorialistes ont exprimé l'avis que le débat sur la question du mariage entre personnes du même sexe et le projet de loi C-38 avait assez duré : la mesure législative doit être soumise à un vote final pour que le Parlement puisse se passer à d'autres dossiers.